

Mudança social à luz do Direito Dogmático-Formal e da Sociologia Jurídica – uma visão crítica

Marcos Aurélio de Brito*

1. Introdução

Émile Durkheim, sociólogo francês, é tido como o precursor da sociologia jurídica, pois fixou definitivamente as relações entre o Direito e a Sociologia, ao reconhecer e evidenciar a natureza eminentemente social da norma. O Direito, para o sociólogo, é, portanto, um fenômeno social.

O jurista, entretanto, a ele atribui conceito dogmático, de instrumento normativo, lógico, abstrato, formal, dotado de força coativa e generalidade, porque tende, em seu trabalho de sistematização e análise, segundo já afirmara Cláudio Souto¹, a isolar aspectos puramente lógico-normativos do conjunto da vida social, sobretudo com a finalidade prática de facilitar a aplicação judiciária ou administrativa das normas.

“... o Direito surgiu em face do desenvolvimento e crescimento da sociedade e dogmatizou-se como conjunto de princípios e normas, que regulam as relações no meio social.”

Outro jurista francês, Henri Lévy Bruhl², também o definia como “conjunto das normas obrigatórias que determinam as relações sociais impostas a todo o momento pelo grupo a que pertencemos”.

Todavia, esses conceitos formais, em regra, refogem

ao jurídico, pois se fundam, basicamente, em noções legais, especialmente ao salientarem a necessidade de sanção para dar efetivo cumprimento à norma, buscam excessivamente a sua aplicação como instrumento regulador de relações sociais, esquecendo sua finalidade de realização de justiça. Souto³ afirma que mesmo Georges Gurvitch, sociólogo e jurista, que conseguiu enfatizar em suas obras “a variabilidade e a pluralidade fundamental do Direito”, não conseguiu, em

* Pós-graduando em Direito Público pelo ICAT/AEUDF. Oficial-de-Gabinete do Juiz Aloísio Palmeira Lima do TRF-1ª Região

¹ Souto, Cláudio e Solange Souto. *Sociologia do Direito – Uma visão substantiva*. 2ª ed. revista e aumentada. Porto Alegre – RS: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

² Lévy-Bruhl, Henri. *Sociologia do Direito*. Coleção saber atual. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1964.

³ Souto, Cláudio e Solange Souto. *Sociologia e Direito... opus cit.*

seus conceitos, afastar-se de elementos dogmáticos e definir satisfatoriamente o que venha a ser jurídico, tanto que afirmava que “o Direito não exige necessariamente ligação com a força, mas admite contudo a possibilidade de ser sancionado por ela.”

As concepções dogmáticas do Direito procuram, assim, expressar o caráter perpétuo e imutável da norma jurídica, contrariamente a uma idéia de provisoriedade das normas, que se transformam, em face das mudanças do grupo, como entende a Sociologia. Enquanto para o dogmatismo jurídico a regra de Direito é tida como algo

quase sagrado, para a Sociologia é um sistema variável e em constante movimento, como são os grupos humanos cujas aspirações procura representar de modo mais perfeito possível.

Compreender o Direito como fato social, e não como conjunto de normas que formam o sistema dogmático-formal disciplinador da sociedade, é a grande questão que envolve sociólogos e juristas em suas discussões doutrinárias. Compete-nos, portanto, sob essa perspectiva, analisar a mudança social à luz de argumentos jurídicos e sociológicos, a fim de buscar melhor aplicação do Direito.

2. Análise do tema

2.1. Fato social e Direito Dogmático: pólos em interação?

É elementar que o homem distingue-se dos demais animais pela capacidade de raciocínio, que lhe dá condição natural de transformar, constantemente, o meio em que vive. A mudança social é própria da natureza humana. Não há, dessa forma, como se esperar um Direito estático de uma sociedade em movimento.

Se perquirirmos quem nasceu primeiro: a sociedade ou a norma? O brocardo latino nos dirá: *ubi societas, ibi ius*.

De fato, o Direito surgiu em face do desenvolvimento e crescimento da sociedade e dogmatizou-se como conjunto de princípios e normas, que regulam as relações no meio social. Todavia, tal conceito, aparentemente simples, abre margem a discussões profundas sobre a aceitabilidade ou não do dogmatismo jurídico como

norte do Direito Social, ou será que a coletividade dita sua norma e a constrói ou destrói de acordo com sua mutabilidade?

Conceituada como ciência que estuda o fenômeno social e vê o Direito como aquilo que está de acordo com o sentimento humano de dever ser (sentimento humano de justiça) e com a ciência empírica atual, a Sociologia acusa estar o Direito dissociado da realidade e, assim, visível estaria o fosso existente entre a ciência dogmática (do dever ser) e a sociologia jurídica (do ser).

Em verdade, se o Direito é conjunto de normas obrigatórias que regulam as relações na sociedade e a ela se impõe, o conceito, necessariamente, traz em si elementos que merecem análise, tanto sociológica, quanto jurídica.

Primeiramente, se como norma é dotado de força coativa e generalidade, impõe obrigatoriedade de sua observância. Ocorre que, como bem afirmara Lévy-Bruhl⁴, isso é, aparentemente, paradoxal à própria idéia de Direito que é, a princípio, de faculdade de agir. Porém, o homem vê-se atado à observância das normas impostas pela sociedade, cuja obediência já se faz quase imperceptivelmente. O campo de ação individual torna-se limitado àquilo que a norma permite, em flagrante contra-senso à idéia de liberdade.

A observância dessas normas, em regra, está vinculada à existência de sanção, que, para ter efeito jurídico, recai sobre as pessoas e o patrimônio. Tal sanção encontra respaldo no grupo social, que abdica da sua faculdade de agir, porque atentar contra a norma é ferir a consciência coletiva da obrigatoriedade de sua observância, que, em tese, lhe dá eficácia no meio social.

Diante disso, o Direito, conquanto criado pelo grupo social, para tornar-se efetivo e obter caráter de generalidade nessa mesma sociedade, precisa ser promulgado para passar a ter força coativa e geral. Tem-se, então, a codificação da norma, que se torna lei.

Entretanto, bem afirmou Erlich⁵, citando Teich, que “querer encerrar todo Direito de um tempo ou de um povo nos parágrafos de um código é tão razoável quanto querer prender uma correnteza numa lagoa. O que vai para ela não é mais uma correnteza viva, mas águas mortas, e muita água não entra nela de jeito algum”.

A crítica é bem aceita porque a ciência do Direito, que tem como objeto o estudo do fenômeno jurídico positivado, parece ignorar que o Direito está vivo no seio da sociedade. Preocupa-se intensivamente no estudo das proposições jurídicas da atualidade, isto é, com a análise sistemática das leis, e esquece-se do estudo do Direito consuetudinário, não estatal, que se forma independentemente de intervenção

do Estado, ente ao qual é atribuída a função legislativa. O cientista jurídico ao estudar as leis pretéritas é incapaz de absorver a realidade social daquela época, porque quando se estudam as leis codificadas, na verdade, o que se está estudando é um Direito antiquado, pois a partir do momento em que uma lei é editada, o Direito vivo a torna ultrapassada, na lição de Erlich.

Fala-nos, ainda, o mestre, que a lei não con-

“Em verdade, as leis não pegam porque não emanam do fato social, que deve ordinariamente gerar o Direito, conseqüentemente, não têm aprovação coletiva e, então, não são aceitas, ainda que positivadas.”

⁴ Lévy-Bruhl, Henri. *Sociologia do Direito... opus cit.*

⁵ Ehrlich, Eugen. “O Estudo do Direito Vivo”. In *Sociologia e Direito – Leituras básicas de Sociologia Jurídica*. São Paulo: Pioneira Editora, 1980.

segue acompanhar, nem mesmo espelhar, o que realmente ocorre na vida. Como exemplo, nas relações de família, por vezes, há verdadeira contradição entre a prática (real regulação familiar) e o que

os códigos prescrevem. Mostra-se impossível que nas relações entre a família e seus integrantes ou com o mundo exterior sejam cumpridas todas as determinações que a lei confere ou determina.

2.2. A distância entre a norma e a realidade social: por que no Brasil existem “leis que pegam e leis que não pegam”?

Diante do que foi exposto, questiona-se se a lei perdeu seu domínio sobre a vida ou se nunca teve, se a vida tomou seu desenvolvimento para além da lei ou se nunca correspondeu à lei?

A atualidade não se cansa de nos ofertar exemplos da vivacidade do Direito frente à normatividade estatal. Na sociedade brasileira há Direito que provém do meio social, como criação sua, contrário ao ordenamento jurídico positivo, que se firma de tal maneira que a lei não consegue impedir-lhe a sobrevivência. Um bom exemplo é o “jogo do bicho”, prática secular e muito popular em nosso País, que perante o Estado é forma de contravenção penal. No entanto, é tão habitual e tão difundida que a lei não consegue eliminá-la, ainda que impondo penas pela sua prática.

Ocorre que tal costume emana do meio popular e, assim, não há repressão natural a essa prática. Conseqüentemente, a lei se torna dissociada da realidade. O dever ser é contrário ao ser e, dessa forma, o fato social tende a suplantar a norma.

No momento, merece especial atenção, também, a grande insatisfação que tem demonstrado a coletividade contra a alteração do horário, implantando-se, por meio de decreto, horá-

rio de verão, que altera costumes, hábitos que estão enraizados na sociedade, cuja mudança é inaceitável, ainda que por meio de instrumento legal. Já se vê uma série de protestos e ações populares contra o Estado, que tenta impor uma conduta rejeitável pela sociedade porque contrária à natureza. O fato social impõe uma mudança para extirpar do ordenamento, mesmo acobertado por todo dogmatismo e formalismo peculiares, a lei que se mostra contrária a praxes sociais.

A sanção deve emergir da sociedade, caso contrário não há reprimenda. Tal fato fez surgir no Brasil a famosa expressão “leis que pegam e leis que não pegam”. Em verdade, as leis não pegam porque não emanam do fato social, que deve ordinariamente gerar o Direito, conseqüentemente, não têm aprovação coletiva e, então, não são aceitas, ainda que positivadas.

Esse é o Direito vivo de que nos fala Erlich⁶, que se contradiz com aquele Direito que só tem valor diante dos tribunais e das autoridades. Ele não está nas “proposições jurídicas do Direito positivo, mas é o que, porém, domina a vida. As fontes de seu conhecimento são, antes de tudo, os modernos documentos; são, também, a observa-

⁶ Ehrlich, Eugen. *O Estudo do Direito Vivo...opus cit.*

“Deve o jurista
(prático) apreender com
suas próprias observações e não
através dos parágrafos de um
código e de fascículos de
autos...”

ção direta da vida, do comércio e da conduta, dos costumes e dos usos e de todos os grupos, não somente os reconhecidos juridicamente, mas também aqueles que passaram despercebidos e, até mesmo, aqueles que a lei desaprovou.”

Isso é o que, na prática, se tem observado no meio social. Porém, inegável a dificuldade de se desmoronar dogmas jurídicos e transformar

Direito positivo em Direito vivo e, mais ainda, Direito vivo em Direito positivo. Não faz muito tempo, o Ministro Marco Aurélio do Supremo Tribunal Federal ousou dar interpretação diversa ao preceito do Código Penal Brasileiro, relativo à presunção de violência perpetrada contra menor de quatorze anos, vítima de estupro.

O entendimento de que a menor idade não é, tão-somente, cronológica, mas decorre de fatores outros, especialmente a formação psicológica adquirida pela vítima, em termos do que venha a ser inocência, ou seja, maturidade ou capacidade de discernir o que lhe corrompe diante dos fatos da vida, foi fortemente atacado pelos juristas, porque feria frontalmente o conceito legal, que não permite exegese que não a que a própria lei oferece.

2.3. A formação jurídica acadêmica e sua influência teórica e prática na aplicação do Direito.

Enquanto, pelo método sociológico, os resultados obtidos através das sentenças devem ser complementados mediante observação direta da vida, o Direito, conquanto, reconhecidamente, seja considerado a principal ciência social, a desenvolver-se e normatizar-se, formando um todo de princípios coerentes entre si, em obediência a uma lógica formal e dogmática, fixa a análise do fato social apenas nesses métodos tradicionais, relegando a mudança social.

Miranda Rosa⁷ atribui tal inflexibilidade de raciocínio, principalmente, ao fato de que para a profissão de jurista é necessária formação uni-

versitária, ainda dominada por métodos tradicionais de ensino, que tendem a ressaltar os aspectos dogmáticos, consistentes no correlacionar, sistematicamente, de um lado, normas e conceitos e, do outro, distinguir elementos juridicamente relevantes ou irrelevantes nos casos particulares. Formam-se, assim, juristas práticos.

Segundo esse autor, enquanto o jurista prático vale-se, na apreciação dos casos concretos, desses ensinamentos universitários, o jurista teórico procura seus conceitos “na prática da justiça no passado e no presente, empenhando-se numa incessante atividade de formulação e re-

⁷ Rosa, F. A. de Miranda. “Posição e Autonomia do Direito”, in *Sociologia e Direito*, opus cit.

formulação do próprio sistema conceptual, adaptando-o ao novo material que continuamente é revelado pelas pesquisas históricas e ao novo Direito criado pela atividade legislativa e judiciária”. A Sociologia do Direito deve observar os fatos. Voltar-se primeiramente para o concreto e não para o abstrato, as informações decorrem de uma observação atenta da vida. Deve o jurista (prático) apreender com suas próprias observações e não através dos parágrafos de um código e de fascículos de autos, como já ensinara Erlich.

Para se conhecer o estado real do Direito, tem-se que investigar o que a sociedade humana produz, bem como o Direito estatal e a influência real do Estado sobre o Direito social. Afirmo, ainda, o referido autor, que certamente nosso conhecimento nesse sentido ficará defeituoso e insuficiente e é mais fácil e agradável, sem dúvida, estudar

“Enquanto deveria o fato criar a norma, em verdade, têm-se feito leis para mudar os fatos. E aí reside a grande repulsa à aceitabilidade social.”

alguns códigos, com dados e ilustrações, que investigar um estado real em um trabalho demorado e diligente.

Cláudio Souto⁸ ensina que, embora o fato social não se identifique com mentes individuais, nem seja uma simples soma dessas mentes, não se poderá negar que ele resulte de pólos mentais em interação.

Tal interação implica mudança social, ou seja, alteração de valores, de símbolos, como resultados das transformações econômicas, sociais, filosóficas, religiosas etc. O fato social é dinâmico e provoca alterações na sociedade, que está em constante mudança e essa mutabilidade é determinante da ordem. O Direito é fato social e, assim, mudança social, como ensina o mestre, é mudança do Direito.

2.4. A crise atual do Direito positivo: crescente produção legislativa *versus* ausência de efetividade das normas.

É assustador para o jurista dogmático ver essas transformações se concretizarem, porém já se pode constatar, sem muito esforço de raciocínio, que a inversão promovida na feitura da norma tem-lhe retirado o caráter de efetividade. Enquanto deveria o fato criar a norma, em verdade, têm-se feito leis para mudar os fatos. E aí re-

sida a grande repulsa à aceitabilidade social.

A sociedade muda, e, atualmente, essa mudança tem-se mostrado assustadora, conceitos que levaram séculos para se firmar, hoje se transformam em poucos anos.

Souto observa que relativamente a uma

⁸ Souto, Cláudio e Solange Souto. *Sociologia do Direito...opus cit.*

determinada sociedade a mudança social se explicaria com fundamento nos seguintes fatores: a) normas aceitas pelo grupo, que constituem o seu *dever ser material*, ou seja, muda-se por aceitação; b) normas que o grupo tende efetivamente a aceitar, há certo compartilhamento entre os grupos, mas ainda não é genérica, que constituiriam o *dever ser potencial* do grupo; c) formas normativas coercíveis no seio do grupo (abstração feita de seu conteúdo) ou *dever ser formal*.

Para ele uma mudança social efetiva nessa ótica, deveria ser a busca de uma *transformação do dever ser potencial em material*, e diminuição do dever ser formal.

Ocorre que entre nós vem se observando o contrário. Recentemente, por iniciativa do Poder Executivo, inovou-se o ordenamento jurídico com uma lei, que, não obstante tivesse por fim resguardar o bem maior do ser humano, que é a vida, impôs a todo brasileiro a obrigação de doar órgãos. A lei posta vigente deparou-se, de repente, com o espanto da coletividade a que se dirigia, que se apavorou com suas disposições, porque muitos desconheciam, até mesmo, a possibilidade de se doar parte do seu corpo para outro, quanto menos poderiam aceitar que seriam obrigados a fazê-lo, se não se manifestassem, previamente, em sentido contrário. Associado a valores religiosos, forma de Direito não estatal, que é determinante da aceitação de certas normas emanadas do Poder Público, a obrigatoriedade contida na lei passou a ter séria repulsa da população. Muitos passaram a procurar órgãos de identificação civil para demonstrarem intenção em não ser doador e o fim para que foi criada a lei, de aumentar a oferta e agilizar a do-

ação, começou a se esvaziar.

Então modificou-se a lei para procurar adaptá-la à vontade de seu destinatário, ou, precisamente, à realidade. Atualmente só será doador aquele que sua família consentir, independentemente de manifestação em vida, na retirada dos órgãos. A lei, ao que tudo indica, ainda não está acabada e certamente sofrerá mais transformações, mas hoje está exatamente como era antes de sua existência, quando as doações eram feitas como oferta da família da pessoa doadora.

Essa lei, fruto de abstração legislativa, totalmente dissociada do fato social, da prática, do costume, necessitou reformular-se para ter aceitação, porque o dever ser formal esbarrou-se, mais uma vez, no dever ser material. A lei deixou de observar na sua elaboração os elementos tridimensionais integrantes da realidade jurídica, elencados por Miguel Reale na Filosofia do Direito, ou seja, o fato (social), e o valor (aceitação), geradores da norma jurídica (lei posta).

A ausência de um desses elementos ocasiona, em regra, ausência de efetividade. A norma existe, mas não surgem efeitos no meio social. A visão talvez se mostre simplista, dado ser perfeita e facilmente verificável que fatores como ideologia, crenças, lendas, mitos, símbolos, religião, política e diversos outros interferem profundamente na aceitação ou não da norma.

No entanto, tem-se visto cada dia mais crescente produção legislativa, como tentativa, que se mostra inócua, de disciplinar todas as relações na sociedade – saliente-se não se estar abordando nesse estudo questões de criminalização e penalização de condutas delituosas, que,

por si, já seriam objeto de monografia própria, pois merecem profunda análise sobre a eficácia da produção de leis que tendem a açambarcar todas as formas possíveis de crimes, mas que no meio social estão se mostrando totalmente ineficazes à solução ou, pelo menos, diminuição de conflitos; além do fato de que grande parte da legislação penal remonta a 1940 e está totalmente dissociada da realidade social — corrobora o que já afirmara Cláudio Souto⁹ que nos tempos atuais vê-se maior necessidade do Direito formalizado, porque em nossas sociedades tem predominado bem mais a “força formal do ‘Direito positivo’”, a valer qualquer que seja seu conteúdo, do que o

momento do conteúdo ‘Direito’. Não admira que esse ‘Direito positivo’ não esteja respondendo satisfatoriamente às solicitações sociais”.

Essa é a crise atual do Direito positivo e parece-nos impossível não se observar que o controle social decorrente do dever ser material, forma espontânea de aceitação da norma, que reflete sua aprovação na comunidade, é o meio mais eficaz de regulamentação jurídica de condutas sociais, que a norma deve estar em constante movimentação, para que possa espelhar a sociedade de que se origina e que a força formal do Direito tende a perder sua eficácia se a norma mostra-se desprovida de conteúdo.

3. Conclusões

Inegável a dificuldade de se aplicar, especialmente, em países como o Brasil, herdeiro da *civil law*, a prática de atribuir valor maior ao fato, antes e depois da norma.

Entre nós vigora o formalismo jurídico. No entanto, não se pode esquecer que a sociedade evolui a todo instante, os conceitos se transformam em face da mudança social. O Direito codificado, não só se desatualiza como se distancia da realidade.

É necessário, portanto, que se compreenda o Direito como fato social, que da sociedade emana e para ela retorna, pois a realidade do mundo contemporâneo clama pela superação de formalismos estéreis, pela procura incessante de soluções para

problemas de convivência. O Direito é fato social, porque é retrato do que ocorre na sociedade, existe para regulá-la e, desnecessário era, se ela não existisse. Não pode estar distanciado dela. Entretanto, o faz quando não observa a mutabilidade que deve lhe ditar as regras e fica, tão-só, belamente redigido nas tábuas e nas mentes dos juristas, formando um sistema lógico, cercado de conceitos dogmáticos, e distanciado da sociedade.

Como afirmado, a sociedade muda, e, atualmente, essa mudança tem-se mostrado assustadora, conceitos que levaram séculos para se firmar, hoje se transformam em poucos anos. Nesse contexto, parece impossível conceber Direito, sem recordar o professor Roberto Lyra Filho¹⁰, que

⁹ Souto, Cláudio e Solange Souto. *Sociologia do Direito...opus cit.*

¹⁰ Filho, Roberto Lyra. *O que é Direito*. 15ª ed., 1994, São Paulo: Brasiliense.

Para publicação de doutrina ou artigo jurídico
na *Revista do TRF - 1ª Região*
envie seu texto, para apreciação
do Juiz-Diretor da Revista,
no endereço eletrônico *revista@trf1.gov.br*

conceitua esse instituto como a “livre organização social da liberdade” e afirma que o Direito “é, sendo”, isto é, não está formado por completo, mas se complementa à medida que a história avança e o homem conquista sua liberdade dentro da sociedade em que está inserido.

Compete-nos, portanto, sermos juristas teóricos, e buscarmos a prática da justiça, no pas-

sado e no presente, empenhando-nos numa incessante atividade de formulação e reformulação do próprio sistema conceptual, adaptando-nos ao novo material que continuamente é revelado pelas pesquisas históricas e ao novo Direito criado pela atividade legislativa e judiciária, porque, se observamos que a forma da norma é maior do que o seu conteúdo, necessário é que repensemos o objeto, a fim de dar a melhor aplicação ao Direito.

Bibliografia

EHRlich, Eugen. “O Estudo do Direito Vivo”. In *Sociologia e Direito - Leituras básicas de Sociologia Jurídica*. São Paulo: Pioneira Editora, 1980.

FILHO, Roberto Lyra. *O que é Direito*. 15ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

FREIRE, Gilberto. *Casa-Grande e Senzala*. 29ª ed., Rio de Janeiro: Record, 1994.

LÉVY-BRUHL, Henri. *Sociologia do Direito*. Coleção saber atual. São Paulo, Difusão Européia do Livro, 1964.

ROSA, F. A. de Miranda. “Posição e Autonomia do Direito”, in *Sociologia e Direito - Leituras básicas de Sociologia Jurídica*. São Paulo: Pioneira Editora, 1980.

SOUTO, Cláudio e Solange Souto. *Sociologia do Direito – Uma visão substantiva*. 2ª ed. revista e aumentada. Porto Alegre – RS: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

SOUTO, Cláudio e Joaquim Falcão. *Sociologia e Direito – Leituras básicas de Sociologia Jurídica*. São Paulo: Pioneira Editora, 1998.

